

Princípio da moralidade e improbidade administrativa¹

Márcio Cammarosano

Professor da PUC/SP.

Palavras-chave: Corrupção. Princípios formadores da Administração Pública. Princípio de moralidade. Improbidade administrativa.

Boa tarde a todos. Eu me permito saudar todos os integrantes desta mesa, e agradecer aos organizadores e colaboradores deste evento, pela generosidade de me haverem convidado, para tecer algumas rápidas palavras a respeito do tema que me foi assinalado. Permito-me também registrar um dado do meu currículo, que é aquele do qual eu mais me orgulho. Sou também integrante, embora aposentado agora, da Advocacia Pública. Aposentei-me como Procurador do Município de Santo André, no estado de São Paulo. E, portanto, toda a minha primeira formação e o meu estudo inicial pelo direito administrativo, foi ao ensejo do exercício no cargo de Procurador Municipal, como titular de cargo de provimento em caráter efetivo, o que não foi do agrado de alguns administradores, que já aquela época, e eu com 25 anos, imaginavam que eu estivesse a serviço do administrador de plantão, e não a serviço do município que servi por mais de 30 anos. E, portanto, fica aqui o registro da minha satisfação, do meu regozijo, por poder falar a colegas da Advocacia Pública, embora na condição humilde de ex-procurador de um município da grande São Paulo. Permito-me registrar também, a minha satisfação e o meu privilégio de poder ter ouvido aqui, dentre tantos ilustres expositores, dois dos maiores administrativistas deste país: Professor Almiro do Couto Costa e Silva e o professor Diogo de Figueiredo Neto, em rigor, são dois ilustres juristas, cujos livros procurei estudar e encontrar as primeiras, as segundas, e as terceiras respostas, que fui procurando no ensejo do exercício da advocacia, sobretudo na Advocacia Pública, e depois, como referências, no estudo acadêmico nos principais temas de Direito Administrativo e Constitucional. Como

¹ Palestra proferida no IX Encontro Nacional dos Advogados da União (ENAU) e V Seminário Nacional sobre Advocacia do Estado realizado em Maceió, Alagoas, em 04 de novembro de 2008.

esse tema, com o qual nos deparamos. E não deixa de ser uma missão ingrata, procurar reduzir meu pensamento, a respeito dessa matéria, em apenas 30 minutos. Digo em apenas 30 minutos, porque minha tese de doutorado, já há mais de 10 anos, mas só recentemente objeto de publicação, versa sobre o tema: O Princípio Constitucional da Moralidade, e o Exercício da Função Administrativa. Uma pequena obra que vale menos pelo o autor que a subscreve, e muito mais pela editora que a publica, que é a nossa Editora Fórum. Pois bem, sem ter recebido cachê algum a esse merchandising, no que diz respeito à Editora, porque no que diz respeito ao meu livro os senhores sabem que recebo polpudas participações a título de direitos autorais, tanto é que estou, com base neles, estou querendo me erradicar aqui em Maceió, terra tão hospitaleira e bonita por todos os títulos.

Pois bem, a Advocacia do Estado, e o tema é: no Combate à Corrupção. Princípio da Moralidade e Improbidade Administrativa. Apenas rapidamente, nós todos sabemos para que existe o Estado: O Estado existe para a concepção dos objetivos assinalados na Constituição da República, e portanto, há resultados a serem alcançados, a serem perseguidos. E Portanto, é imperioso o controle dos resultados, muito ao gosto do professor que nos honra com a sua presença, o professor Diogo. Mas é preciso assinalar também que o Direito não prescreve apenas os fins a alcançar, mas também os meios a serem adotados. O Direito, portanto, regula também, o processo de formação da vontade do administrador público. Por isso, é da maior importância não apenas o controle dos resultados, que modernamente se enfatiza, mas o controle dos meios, mesmo porque estou convencido, pela experiência na administração pública, e também pelos vários anos como advogado liberal, a experiência me demonstrou que o campo mais fértil para a corrupção é exatamente o campo dos meios, e não propriamente o campo dos resultados. Imaginem os senhores, que quando da realização de uma obra pública, o que se espera no afinal, com o contrato, o que se espera como resultado final é a melhor obra. E a melhor obra é com o preço vigente no mercado. Mas é isto que basta em termos de controle da Administração Pública? O que nós poderíamos dizer da execução de uma obra pública por alguém, com uma empresa que havia sido contratada, que tenha executada a obra

com perfeição, e até mesmo, supostamente de acordo com os preços vigentes no mercado, se a licitação foi dirigida, se não foi assegurada um tratamento isonômico aos eventuais interessados? E mais: se um edital dirigido, se uma licitação, dessa forma viciada, o foi intencionalmente, com o objetivo de possibilitar a terceiros auferir vantagens, nós estaríamos rigorosamente, diante de corrupção, no que diz respeito aos meios adotados. Ainda que o fim último alcançado, considerado isoladamente, se apresentasse como adequado. E é, portanto, por tudo isso que nós devemos estar atentos, sobretudo nós, integrantes da Advocacia Pública, e em cujos ombros recai a responsabilidade, sobretudo, pelo controle da legalidade dos atos da Administração. Nós sabemos, do dever da boa administração, que os fins e meios que reclamam controle. E nós sabemos também o que seja corrupção. A corrupção se apresenta, em termos de direito público, como a violação mais grave do ordenamento jurídico. Tanto é que, atos de corrupção, configuram variados crimes. Consoantes à tipologia da legislação penal. Portanto, não há corrupção se não houver violação da ordem jurídica, da ordem jurídica integrada, não apenas por regras, mas por princípios. E no que diz respeito a crimes, por regras jurídicas, que qualificam determinados crimes, ou determinados comportamentos, como sendo crime, fato típico, antijurídico, e culpável, independentemente das divergências teóricas a respeito da definição do que seja crime. É importante, me parece importante assinalar, que para a configuração do crime, basta a prova de fato, e o juízo de subsunção do fato à regra de direito que descreve aquele fato como sendo infração penal. Ainda que tenhamos de nos valer de todos os métodos de interpretação, ainda que tenhamos de nos valer o que é de transcendental importância dos princípios informantes da ordem jurídica a considerar. A corrupção graça tanto nos meios quanto nos fins. Imaginemos, como já havia dito, que uma licitação viciada, com promessa de recompensa, criando dificuldades, para vender facilidades. Crime, corrupção quanto ao meio. E imaginemos uma rodovia, com um traçado que enriquece os donos das terras por onde passa, que as tenha adquirido com informação privilegiada. É o resultado da execução de um contrato em decorrência ou não de um processo licitatório como instrumento de favorecimento ilegal, caracterizador de crime.

Sabemos também que o combate à corrupção se faz preventivamente, para que não ocorra, e repressivamente para sancionar, para promover a responsabilidade daqueles que violam ordem jurídica, sobretudo penal. Mas aí é importante, para nós operadores do direito, conhecermos algumas diferenças conceituais. Nós costumamos muitas vezes, alguns de nós, mais inadvertidamente, em tratar como se fossem expressões absolutamente sinônimas, corrupção, ato de improbidade, ato de imoralidade administrativa, e a ilegalidade, por mera inadvertência, ou erro do administrador mal informado. A corrupção é crime, é sempre um crime. Atos de improbidade há, que constituem crime também. Como previsto no artigo 85, inciso V da Constituição da República. Porque atos de improbidade do Presidente da República constituem crime de responsabilidade. Já nem todos os atos, que se caracterizam como atos de improbidade, são tipificados como sendo crime. Há atos de improbidade, que ensejam responsabilização sim, mas nos termos da Lei nº 8.429, de 1992, única e exclusivamente. O que já não é pouca coisa, porque dentre as sanções previstas no ordenamento jurídico, talvez estas previstas na Lei da Improbidade, sejam a de maior gravidade, exceção feita àquelas penas privativas de liberdade, portanto de natureza criminal, a menos que se obtenha o benefício da suspensão da pena, ou o cumprimento de uma prestação social alternativa. Para nesses casos, quem exerce há 20 anos um cargo público, a perda do cargo é muito mais danosa, e prejudicial aos interesses de quem a sofre, do que a obrigatoriedade, por conta de uma infração penal, do fornecimento de duas, três, quatro, cinco ou dez cestas básicas.

E a imoralidade administrativa? A questão da moralidade administrativa implica a reconstrução de uma história. Mais resumindo, atos de improbidade podem atos que ofendem a moralidade administrativa, podem configurar crime! Podem configurar apenas improbidade administrativa, se é possível falar em “apenas” improbidade, podem configurar ilegalidade, qualificada pela violação a valores morais juridicizados. E também é preciso considerar que a violação a ordem jurídica, por erro, por ausência de dolo ou de má fé, que implicam apenas a anulação do ato, sem que tenha qualquer outra responsabilização. Há aqueles que, interpretando, de forma desarrazoada, um dos dispositivos da Lei de

Improbidade, que descaracteriza improbidade, a violação de princípios formadores da Administração, imaginam que violando a lei, está se violando o princípio da legalidade, e, portanto, se está diante de imoralidade administrativa. O que não é correto dizer. Porque o que nós temos é que, um ato ofensivo à ordem jurídica, mesmo que levado a efeito, com o entendimento de boa fé do administrador, está aplicando adequadamente a lei ao caso concreto, pode ensejar a propositura ou a impetração de um mandato de segurança. E se a mera violação à ordem jurídica implicasse *ypisile facto* improbidade administrativa, toda vez que o Judiciário, com uma decisão transitada e julgada, concedesse uma segurança, deveria ir imediatamente remeter os autos ao Ministério Público, para a propositura das demais ações cabíveis. Portanto é preciso, até para não desprestigiar o conceito, fazer as distinções que impõem aos operadores do Direito.

Pois bem, vejamos os Princípios Formadores da Administração Pública. Nós sabemos já há muito tempo, que o ordenamento jurídico é composto por regras e por princípios. E sem entrar em maiores divagações teóricas, princípios se diferem das regras pelo elevadíssimo grau de generalidade e abstração que os informa. Sem entrarmos aqui em discussões mais aprofundadas a respeito da Teoria Geral dos Princípios. O princípio da moralidade, porque decidi tratar deste princípio, inclusive em obra que escrevi, porque percorrendo a maioria esmagadora dos autores nacionais que trataram da matéria, vi que quase todos dizem que viola-se a moralidade administrativa, quando há simplesmente uma ofensa à ordem moral de comportamento, a valores morais que prevalecem no seio da sociedade num dado momento histórico. E constatei que esse entendimento vem em prestígio e desprestígio do próprio Direito as exigências de segurança jurídica. O princípio de moralidade esculpido na Constituição, no artigo 37 *caput*, veio em rigor, com mais de um século de atraso. Quando é que surgiu o princípio da moralidade? Resumindo, numa construção francesa, para fornecer uma fundamentação teórica ao controle, pelo conselho do Estado, dos atos expedidos ao ensejo de competência discricionária, eivados de desvio de poder, de desvio de finalidade. E por quê? Porque naquela época, falar em controle de legalidade, era controlar à luz da letra da lei, em uma postura

de formalismo exarcebado. Falar em espírito da lei, falar em finalidade da lei era discordar dos limites do controle da legalidade, e o conselho de Estado só podia fazer o controle da legalidade. Então era muito fácil aqueles que, eventualmente, valendo-se de competência discricionária, em rigor, usassem sua competência por razões de favoritismo e perseguição, furtarem-se ao controle do conselho de Estado, dizendo que o ato guardava estrita correspondência com a letra fria da lei, e controle de legalidade era verificar atos de adequação ou não à letra da lei. Mas o conselho de Estado começou a ir além, alargando o conceito de legalidade, e *Oriu*, e depois seus seguidores, trataram de desenvolver a teoria da moralidade administrativa, como moral jurídica, jamais como moral comum. Assim como havia o espírito da lei civil, era preciso falar no espírito da lei administrativa. E, portanto, estavam também, ofendendo o direito os atos que embora, conforme a letra da lei, estivessem em descompasso com a finalidade da lei, com o espírito da lei, ofendendo, portanto, a moralidade administrativa. Há quantas décadas, não sabemos nós, que falar de controle de legalidade no sentido amplo, implica fazer um controle do abuso de poder do desvio da finalidade. Basta uma observação da letra da lei, ou se exige, que o administrador haja de modo a evitar favoritismos e perseguições, devendo atender, sobretudo à finalidade, mais que a letra da lei, no cumprimento das suas funções. Portanto, quando se recolheu o princípio da moralidade administrativa, deu asas para que muitos dissessem: Agora, o administrador, além da obediência ao direito, deve obedecer a regras morais de comportamento. E aí nós caímos no terreno de areia movediça das concepções morais da ordem de comportamento, como se existisse apenas uma ordem moral de comportamento. E aí nós caímos na insegurança jurídica. Tanto é verdade que existe o código de ética, no exercício da advocacia, porque não basta dizer que o advogado tem que ter comportamento ético. Existe um código de ética, no exercício da função pública, porque não basta dizer o agente público tem que se conduzir de acordo com a ética, porque salvo casos extremos, já sancionados pelo Direito, o que atende as exigências de ordem ética para uns, não é o que atende a exigência ética para outros. Querem ver os senhores uma prova disso? Como é que o direito reage à determinados comportamentos, que nós poderíamos

dizer, suponho em um consenso, ofensivos à ordem moral de comportamento, pelo menos aquela ditada pela Igreja Católica Apostólica Romana. É moral mentir? Suponho que muitos dirão “não”. Pergunto eu, como o direito reage à mentira? A mentira da testemunha é crime. A mentira do réu, interrogado até mesmo perante autoridades, é exercício de direito. O aborto é imoral? Para a Igreja Católica Apostólica Romana, e não estou tomando partido, não me atreveria a tanto, o aborto é imoral, em quaisquer situações. Como trata o direito posto, quando trata o aborto? O aborto é crime. Salvo quando a gravidez é resultante de estupro, ou não há outro meio de salvar a vida da parturiente. Como é que o direito reage ao homossexualismo? Comportamento permitido, desde que não haja escândalo público. Como é que o direito reage à pena de morte? Como é que o direito reage à eutanásia? Como é que o direito reage com experiências com células-tronco embrionárias? Recordam-se os senhores, que há pouco tempo o Supremo foi chamado a decidir essa matéria. E sabem os senhores, o resultado da votação. O Supremo, por maioria escassa de um voto, deu por constitucional a lei que permitia experiências com células-tronco embrionárias. Seis votos a favor e cinco votos foram pela inconstitucionalidade das experiências com células-tronco embrionárias. E os senhores se recordam, qual foi o argumento fundamental, utilizado por ambas as correntes do Supremo Tribunal Federal? O princípio da dignidade da pessoa humana. Que foi utilizado igualmente, pelos que deram a constitucionalidade, e pelos que deram a inconstitucionalidade. Porque uns invocaram o princípio da dignidade humana como residente naqueles doentes, necessitados pelo avanço da medicina. E outros foram alocar o princípio da dignidade humana no embrião, produto da concepção, e, portanto, já protegido na sua dignidade. Todos são a favor da dignidade da pessoa humana, mas uns são a favor da pena de morte, outros são contrários à pena de morte, há até aqueles que se proclamam favoráveis à dignidade da pessoa humana, mas alguns, dentre estes, que declaram isto formalmente, admitem a tortura em determinadas circunstâncias, invadem países e exploram o povo, dizendo-se em guerras permanente, declarada com base em falsidades inomináveis. Já vieram a público. Perguntem a George W. Bush se ele é a favor ou contra o princípio da dignidade da

pessoa humana. Ele dirá: "Sou a favor", e comete verdadeiro genocídio, como temos assistido. O que quero dizer aos senhores, companheiros da Advocacia Pública, é que a medida que nos passamos a todo instante de ver que é preciso ética na Administração, e é preciso ética, nós ficamos a dar a impressão que esses comportamentos que estamos cansados de ver não são ofensivos já à ordem jurídica estabelecida. Costumo lançar um desafio: me apontem um comportamento que os senhores consideram ofensivos à ética na Administração, que já não esteja vedado pelo direito posto, como já estabelecido. Acaso o nepotismo não está vedado pelos princípios consubstanciados pela Constituição? Caso a corrupção já não está verberada pela legislação penal em vigor neste país? Pensem nos exemplos que quiserem. Isto não está a significar que isto seja contrário ao controle da Administração também no que concerne a procedimentos que se considerem antiéticos. Mais vejam o seguinte raciocínio jurídico: imaginem que ordem moral de comportamento tenha sido toda ela juridicizada pelo princípio da moralidade administrativa. Como se estivesse ele reportado direto e imediatamente a moral comum. Nós teríamos a moral comum — que moral não sei — incorporada pelo princípio constitucional da moralidade. Na Constituição da República e com *status* de norma constitucional. E, portanto, teríamos que fazer uma revisão geral de toda legislação existente, porque aquela legislação que consubstancia o preceito ofensivo à moral que se pensa, prevalente na sociedade num dado momento histórico, lei que precedeu a Constituição de 88, foi por ela revogada. E as que estejam em conflito com a moral que teria sido juridicizada, e produzida, depois da Constituição de 88, padece do vício de inconstitucionalidade.

Quais os preceitos morais juridicizados? Com que intensidade? Com que formação? E onde fica a segurança jurídica? Não vou invocar aqui, nenhum autor positivista — embora me proclame confessadamente positivista, mas não formalista, um positivismo metódico, e não doutrinário, um positivista que não se conforma com o formalista. Mas vamos invocar um filósofo do Direito Nacional não positivista. Teoria Tridimensional Específica — Dinâmica do Direito: Miguel Reale, que já advertia quanto ao perigo da perda de confiança nas soluções normativas. Nas exigências de pré-determinação formal do direito. Como

um dos critérios distintivos por excelência, do direito e da moral. Pois bem, quando se fala em princípio da moralidade administrativa estamos nos referindo a valores morais sim, mas juridicizados, e como juridicizados. Portanto, viola a moralidade administrativa quem age com falta de lealdade, quem age de má fé, quem age mediante subterfúgios. Mas tudo isso, dirão os senhores, já não está contemplado nas entranhas da nossa Constituição, ao apresentar os princípios implícitos e explícitos condicionadores da atividade da Administração Pública? Diria eu sim. Qual é a vantagem então, o que há de se extrair da Constituição da República, trazendo com um século de atraso o princípio da moralidade, e que não pode, pelo menos no meu modo de compreender, ser considerado como referido, direto e imediatamente à moral comum, como se por ele, todas as regras da moral comum prevalentes na sociedade num dado momento histórico, tivessem sido juridicizados, e como status constitucional? É que a Constituição deu outro passo importantíssimo. Disse que a moralidade administrativa, e basta uma ofensa a ela, enseja propositura de ação popular por qualquer cidadão. Antes da Constituição de 88, se um administrador mal intencionado, ou até bem intencionado, achando que com a cobrança de tributos que se sabe, indevidos, estaria abastecendo os cofres públicos para a construção de mais escolas, ensejaria a impetração de mandato de segurança, por aquele que indevidamente foi o destinatário do lançamento tributário. Mas só o titular desse direito violado é que poderia postular a defesa dele em juízo. Mas nós sabemos quão difícil é o acesso à justiça. E como incutem temor, se não terror nos administrados determinados agentes públicos. E, portanto, aquele que não teve o direito violado, mas que assiste à violação do direito, porque a autoridade agiu de má-fé, com dolo, com destempero indevidamente, pode ele mesmo ir em socorro de outro cidadão, propondo a ação popular, para anulação do ato, por violação à moralidade administrativa, que se configura com a atuação desonesta, com a atuação, ainda que seja meramente desleal, eivada de má-fé, do agente público em geral. E, portanto, é preciso que nós apreciemos sim o princípio da moralidade administrativa, mesmo porque esculpido na Constituição da República de 88, mas não nos iludamos, no sentido de imaginar, que por força dele, qualquer valor moral, que

supomos prevalecer no seio da sociedade, num dado momento histórico, em sendo violado pela autoridade, configura imoralidade administrativa. Verifiquem os senhores. Pelo menos de acordo com a concepção, se me permitem, da tradicional família mineira, quão determinados momentos, que graças hoje em dia são considerados ofensivos à moral, mas nem por isso autorizam a intervenção da autoridade pública. E costume apontar alguns exemplos que podem eventualmente chocar algumas pessoas. Faço-o sem receio, e sem manifestar aqui qualquer opinião de ordem pessoal: Com o respeito devido aos representantes aqui, das alterosas das Minas Gerais, nós poderíamos dizer o quê? Que não atende, ao que se supõe moral, pelo menos na concepção da tradicional família mineira, na moral acolhida pela Igreja Católica Apostólica Romana, a passeata do orgulho gay, na Avenida Paulista em São Paulo, que há alguns anos para cá, vem obtendo um verdadeiro patrocínio do prefeito, ou da prefeita de São Paulo, estimulando a sua realização, talvez menos com o objetivo de reduzir resistências preconceituosas, e talvez mais com o objetivo de angariar votos para as próximas eleições. Mas pergunto eu: o Direito, como reage a este comportamento, ou a estas atividades? A prostituição é proibida no Brasil. Uma pessoa maior de idade, em quatro paredes, mediante mútuo consentimento, e, portanto, sem violência, a não ser violência leve, por ambos tolerados, e mediante paga, ou promessa de recompensa, viola a ordem jurídica? É evidente que não. Constitui crime impedir que se abandone a prostituição. Mas a prostituição em si mesma, nessas condições, que aventei, e outras mais condições que pululam por aí, não há nenhuma ofensa à ordem jurídica. A autoridade pública que deve obediência à moralidade administrativa deve interferir, para fazer respeitar a moralidade pública? Ou deve compulsar a população com códigos, adequadamente interpretados, à luz dos princípios, e até mesmo, professor Diogo, com uma interpretação prospectiva que desejamos por todos os títulos. Haverá de coibir *manu militari* o referido comportamento? Parece-me que a resposta só pode ser uma: não. Fala-se, se não me engano, em código de ética em outros poderes, como no Judiciário. Para quê código de ética, se todos nós estamos, supostamente, de acordo quanto ao que, no varejo, é moral ou imoral.

Esta manifestação, e me encerro aqui, não é no sentido de arrefecer o combate à corrupção. Ao contrário, é de nos estimularmos, nós, da Advocacia Pública, que fazemos o controle da legalidade no sentido amplo, da juridicidade dos atos da administração, que nós sejamos cada vez mais destemidos, mesmo porque a Constituição da República, não obstante a má vontade de alguns moderninhos, continua assegurando a nós aquelas garantias constitucionais, que nos permitem zelar pelos direitos, e pelos superiores interesses do povo brasileiro, e não do administrador de plantão. Mas para isto, nós não precisamos invocar nenhuma ética na administração. Nós devemos e podemos manejar a legislação existente, porque a corrupção é crime, e, portanto, e da legislação que nos devemos valer. Para que o nosso combate à corrupção seja um combate constitucionalmente sustentável, e não venhamos aí, a começar com base em invocações de preceitos éticos, não venhamos a começar a dar tiros para tudo quanto é lado, desprestigiando o direito, desprestigiando as normas jurídicas estabelecidas, pelos representantes, bem ou mal, do povo brasileiro, com acento no Congresso Nacional, e não em uma Presidência da República, como se por medida provisória, pudessem fazer aquilo que melhor lhes venha a aprovar, ou melhor lhes aprouve. Portanto, fica aqui essa manifestação de uma posição, sabidamente minoritária, flagrantemente minoritária, qual seja o princípio da moralidade administrativa, inscrito no artigo 37, *caput* da Constituição, e no artigo quinto, inciso 73 da Constituição, que trata da ação popular, não está referido direta e imediatamente à moral comum, mas sim a valores morais juridicizados, e como juridicizados, ampliando a possibilidade do cidadão fazer uso da ação popular, e em nada prejudicando, e em rigor nada acrescentando ao nosso dever de combate incessante à corrupção, que é a maior e verdadeira desgraça deste país. Muito obrigado.